



Competition Competence Report

Ökonomische Analyse vertikaler Vereinbarungen – Anwendung von Artikel 101

Vertikale Vereinbarungen sind vom Kartellverbot freigestellt, wenn die Marktanteilsgrenze von 30% nicht überschritten wird. Vertikale Vereinbarungen oberhalb der Marktanteilsobergrenze von 30% sind individuell nach Artikel 101 zu beurteilen. Im Zuge dieser Beurteilung, die von den Unternehmen selbst vorzunehmen ist, ist eine fundierte ökonomische Analyse durchzuführen. Gemäß der Vorgaben der EU Kommission hat die Beurteilung vertikaler Vereinbarungen im Allgemeinen in vier Schritten zu erfolgen:

- (1) Vor der Bestimmung der Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf den von der Vereinbarung betroffenen Märkten hat die Abgrenzung der relevanten Märkte zu erfolgen. Dies erfordert die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sowie des räumlich relevanten Marktes. Im Anschluss daran können die Marktanteile der beteiligten Unternehmen bestimmt werden.
- (2) Überschreitet der Marktanteil die 30%-Grenze nicht, so fällt die vertikale Vereinbarung unter die Gruppenfreistellung (sofern die Vereinbarung keine Kernbeschränkungen enthält).
- (3) Bei einem Marktanteil im relevanten Markt von mehr als 30% muss individuell geprüft werden, ob die vertikale Vereinbarung unter Artikel 101(1) fällt.
- (4) Fällt die vertikale Vereinbarung unter Artikel 101 (1), ist eine Prüfung erforderlich, ob die Bedingungen für eine Freistellung nach Artikel 101 (3) erfüllt sind. Mit Verordnung (EG) Nr. 1/2003 entfiel die zentralisierte Anmeldung und Genehmigung von Anträgen auf Anwendung von Artikel 101 (3) bei der EU

Kommission. Unternehmen können sich jetzt vor den nationalen Gerichten oder Wettbewerbsbehörden direkt auf Artikel 101 (3) berufen. Die betreffenden Unternehmensvereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen sind für rechtmäßig zu erklären, wenn die Unternehmen nachweisen können, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 (3) erfüllt sind.

Im Folgenden wird zunächst vertieft auf die ökonomische Analyse in Artikel 101 (1) eingegangen.

Prüfung nach Artikel 101 (1)

Um zu ermitteln, ob eine Vereinbarung oder ihre einzelnen Teile den markeninternen und/ oder den Markenwettbewerb an sich beschränken kann, muss untersucht werden, wie und in welchem Ausmaß die Vereinbarung den Wettbewerb im Markt tatsächlich oder wahrscheinlich beeinträchtigt. Bei der Bewertung der wettbewerblichen Effekte einer vertikalen Beschränkung ist demnach eine fundierte, ökonomische Betrachtung durchzuführen. Nach Auffassung der EU Kommission sind die folgenden Aspekte im Rahmen der Bewertung, ob eine vertikale Vereinbarung den Wettbewerb im Sinne von Artikel 101 (1) beschränkt, von Bedeutung:

Erstens muss untersucht werden, ob die Vereinbarung den aktuellen oder potenziellen Wettbewerb beschränkt, der ohne die Vereinbarung bestanden hätte. Wenn ja, kann die Vereinbarung von Artikel 101 (1) erfasst sein.

Bei dieser Bewertung sind der Wettbewerb zwischen den Unternehmen und der von Dritten ausgehende Wettbewerb zu analysieren. Wenn beispielsweise zwei in unterschiedlichen EU-Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen vereinbaren, ihre Produkte jeweils nicht in dem Heimatmarkt des anderen Unternehmens zu verkaufen, wird der (potenzielle) Wettbewerb, der vor der Vereinbarung bestand, eingeschränkt. Um zu ermitteln, ob die Parteien einer Vereinbarung tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber sind, ist das wirtschaftliche und rechtliche Umfeld zu berücksichtigen. Wenn es aufgrund objektiver Faktoren wie z.B. der bestehenden finanziellen Risiken und/oder der technischen Fähigkeiten der Parteien unwahrscheinlich ist, dass jede Partei in der Lage wäre, die von der Vereinbarung erfassten Tätigkeiten allein durchzuführen, sind die Parteien nicht als Wettbewerber in Bezug auf diese Tätigkeit anzusehen. Es ist Sache der Unternehmen, entsprechende Nachweise zu unterbreiten.

Zweitens ist zu analysieren, ob die Vereinbarung einen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb, der bestanden hätte, wenn es die vertraglichen Beschränkungen nicht gegeben hätte, beeinträchtigt. Wenn ja, kann die Vereinbarung von Artikel 101 (1) erfasst werden.

Wenn z.B. ein Anbieter seine Vertriebshändler am Wettbewerb untereinander hindert, wird der (potenzielle) Wettbewerb, der zwischen den Vertriebshändlern ohne diese Beschränkung bestanden haben könnte, eingeschränkt. Allerdings werden bestimmte Beschränkungen, die für das Bestehen einer Vereinbarung dieser Art oder dieser Beschaffenheit objektiv notwendig sind, in einigen Situationen nicht von Artikel 101(1) erfasst. Eine solche Ausnahme der Anwendung von Artikel 101(1) kann jedoch nur auf der Grundlage objektiver, von den Parteien unabhängiger Faktoren erfolgen und nicht anhand der subjektiven Ansichten und besonderen Eigenschaften der Parteien. Die Frage ist nicht, ob die Parteien in ihrer besonderen Lage nicht bereit gewesen wären, eine weniger beschränkende Vereinbarung zu schließen, sondern ob angesichts der Art der Vereinbarung und der Merkmale des Marktes eine weniger beschränkende Vereinbarung von Unternehmen unter ähnlichen Gegebenheiten nicht geschlossen worden wäre. So kann ferner ein sämtlichen Vertriebshändlern auferlegtes Verbot, an bestimmte Gruppen von Endabnehmern zu verkaufen, nicht wettbewerbsbeschränkend sein, wenn diese Beschränkung aus Gründen der Sicherheit oder der Gesundheit angesichts der Gefährlichkeit des Produkts objektiv erforderlich ist.

Wenn die Vereinbarung den Wettbewerb in einer dieser Formen beschränkt, kann Artikel 101 (1) greifen. Dann müssen die Unternehmen im ersten Fall beweisen, dass die betroffenen Parteien die Aktivitäten, welche die Vereinbarung abdeckt, nicht allein hätten durchführen können. Im zweiten Fall fallen die Beschränkungen dann nicht unter Artikel 101 (1), wenn die Beschränkung in Bezug auf das Produkt sachlich begründet ist (aus Gründen der Sicherheit oder Gesundheit etc.).

Die Bedeutung der individuellen Faktoren kann von Fall zu Fall variieren und hängt von (allen) anderen Faktoren ab. Deshalb ist es unmöglich, starre Per-Se-Regeln für die Relevanz dieser individuellen Faktoren aufzustellen. Es ist demnach eine Fall-bezogene Analyse durchzuführen. Im folgenden Abschnitt wird die Methodik zur Durchführung einer solchen Wettbewerbsanalyse kurz beschrieben.

- *Marktanteilsanalyse*
Die Marktanteile des sachlich und räumlich relevanten Marktes dienen zur ersten Einschätzung der Marktstellung des Anbieters. Marktanteile sind ein wichtiger Indikator zur Bestimmung der ökonomischen Auswirkung von vertikalen Vereinbarungen. Eine Untersuchung der Dynamik der Marktanteile liefert weitere Anhaltspunkte.
- *Bewertung der Marktstellung*
Negative Auswirkungen auf den Wettbewerb im relevanten Markt entstehen häufig, wenn die Parteien einzeln oder gemeinsam ein gewisses Maß an Marktmacht haben oder erlangen und die Vereinbarung zur Begründung, Erhaltung oder Stärkung dieser Marktmacht beiträgt, oder es den Parteien ermöglicht, diese Marktmacht auszunutzen.¹
- *Nachfragemacht*
Eine hohe Konzentration von Unternehmen auf der Nachfrageseite ist allein kein ausreichendes Kriterium zur Widerlegung von Marktmacht der Anbieter, da Nachfragemacht alle Anbieter gleichermaßen betrifft. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Konzentration der Anbieterseite gleich oder sogar höher ist als die Konzentration der Nachfrageseite. Vielmehr ist es für das Vorliegen von Nachfragemacht erforderlich, dass ein starker Nachfrager seine Verträge nach strategischen Aspekten abschließt, um nicht in Abhängigkeit von Herstellern mit Marktmacht zu gelangen.
- *Finanzielle Ressourcen*
Eine gute finanzielle Ausstattung kann einem Unternehmen einen größeren Handlungsspielraum geben, insbesondere in Hinblick auf Wettbewerbsparameter wie Preise, Investitionen, F&E und Werbung.
- *Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie Wettbewerb durch Substitution*
Der bessere Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmöglichkeiten eines Unternehmens im Vergleich mit den Wettbewerbern kann

¹ Marktmacht wird als die Fähigkeit definiert, die Preise über einen bestimmten längeren Zeitraum über das Wettbewerbsniveau zu heben oder die Produktionsmenge, Produktqualität und -vielfalt oder Innovationen über einen bestimmten Zeitraum unterhalb des Wettbewerbsniveaus zu halten.

eine bevorzugte Marktstellung sichern. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein (in Hinblick auf seinen Marktanteil) starkes Unternehmen den Zugang der Rivalen zu solchen Märkten erschweren oder sogar verhindern kann (Verstärkung von Markteintrittsbarrieren/ Risiko von Marktabschottung), um seinen eigenen Zugang zu den Anbieter- oder Nachfragemärkten zu erleichtern.

➤ *Markteintrittsbarrieren / potenzieller Wettbewerb*

Markteintrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb sind bedeutende Indikatoren einer Marktstellung: Im Falle von niedrigen Markteintrittsbarrieren können auch Unternehmen mit einem hohen Marktanteil keine überhöhten Preise setzen, da bei Vorliegen niedriger Markteintrittsbarrieren der Markteintritt von potenziellen Konkurrenten sehr wahrscheinlich ist. Die wettbewerbsbeschränkenden Möglichkeiten dieses Unternehmens werden so reduziert.

➤ *Marktphase, Handelsstufe und Beschaffenheit des Produkts*

Die Marktphase bezieht sich auf den Entwicklungsstand eines Marktes und somit auf die Stabilität der Wettbewerbsbedingungen. Auch wenn die Marktphase kein unabhängiger Faktor ist, liefert sie wichtige Informationen für die Bewertung von Marktanteilen und ihre Entwicklung. Die Handelsstufe und die Beschaffenheit des Produkts werden ebenfalls analysiert. Bei der Handelsstufe wird zwischen Zwischenprodukten und Endprodukten (Waren und Dienstleistungen) unterschieden. Bei Zwischenprodukten sind negative Auswirkungen im Allgemeinen weniger wahrscheinlich. Die Beschaffenheit eines Produkts spielt auf der Ebene der Endprodukte eine besondere Rolle: Vertikale Beschränkungen dürften eher negative Auswirkungen haben, wenn das Produkt heterogen ist und nur einmal gekauft wird.

Prüfung nach Artikel 101 (3)

Eine vertikale Vereinbarung, die Artikel 101 (1) verletzt, kann unter Artikel 101 (3) freigestellt werden, sofern sie vier kumulative Voraussetzungen erfüllt:

- *Erste Bedingung: Effizienzgewinne*
- *Zweite Bedingung: angemessene Weitergabe an Konsumenten*
- *Dritte Bedingung: die Beschränkungen sind unausweichlich*
- *Vierte Bedingung: keine Ausschaltung des Wettbewerbs*

Fazit

Gemäß des „*more economics based approach*“ sind Unternehmen im Rahmen der Selbstbeurteilung in der Pflicht und entsprechend gefordert. Professionelle Unterstützung kann die Durchführung dieser oft schwierigen Selbstbeurteilung erleichtern. Der Ansatz von EE&MC zur Beurteilung nach Artikel 101 (1) besteht in einer umfangreichen, auf den jeweiligen Fall individuell zugeschnittenen ökonomischen Analyse. Diese Untersuchung beinhaltet - nach der Marktabgrenzung und der Berechnung der jeweiligen Marktanteile - die Analyse der zuvor genannten wichtigen ökonomischen Faktoren: Marktstellung, Nachfragemacht, finanzielle Ressourcen, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie Wettbewerb durch Substitutionsmöglichkeiten, Markteintrittsbarrieren, potenzieller Wettbewerb, Marktphase, Handelsstufe und Produktcharakteristika.

Solch ein umfassendes und fundiertes ökonomisches Expertenurteil erleichtert den Unternehmen die vom europäischen Kartellrecht geforderte Selbstbeurteilung.

Das Buch

“Economic Analyses of Vertical Agreements – A Self-assessment”

verfasst von Dr.Dr. Hildebrand, EE&MC Partner, führt hierzu detailliert aus und kann unter dem folgenden Link bestellt werden:

http://www.aspenpublishers.com/Product.asp?catalog_name=Aspen&category_name=&product_id=9041123288&cookie%5Ftest=1.